

**Désignation d'arbitre par le juge
d'appui : rejet justifié par
l'incompétence déclarée de
l'institution arbitrale (CA. com.
Casablanca 2023)**

Identification			
Ref 36798	Jurisdiction Cour d'appel de commerce	Pays/Ville Maroc / Casablanca	N° de décision 3438
Date de décision 23/05/2023	N° de dossier 2023/8225/1557	Type de décision Arrêt	Chambre
Abstract			
Thème Arbitres, Arbitrage		Mots clés نزاع دولي, Difficulté de constitution du tribunal arbitral, Incompétence de l'institution d'arbitrage, Institution d'arbitrage, Juge d'appui, Loi applicable dans le temps, Loi n° 08-05, Loi n° 95-17, Nomination d'arbitre, Clause compromissoire, Non-rétroactivité des lois, تعيين محكم, رئيس محكمة بصفته, قاضي الارتكاز, شرط تحكيم, صعوبة تشكيل هيئة تحكيمية, عدم اختصاص مؤسسة تحكيم, عدم رجعية قوانين, قانون واجب تطبيق, Volonté des parties, Arbitrage international	
Base légale Article(s) : - Dahir n° 1-07-169 du 19 kaada 1428 (30 novembre 2007) portant promulgation de la loi n° 08-05 modifiant et complétant le dahir portant loi n° 1-74-447 du 11 ramadan 1394 (28 septembre 1974) approuvant le texte du code de procédure civile Article(s) : 327-5 - Dahir portant loi n° 1-74-447 du 11 ramadan 1394 (28 septembre 1974) approuvant le texte du code de procédure civile (CPC) Article(s) : 103 - Dahir n° 1-22-34 du 23 chaoual 1443 (24 mai 2022) portant promulgation de la loi n° 95-17 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle		Source Non publiée	

Résumé en français

En présence d'une convention d'arbitrage désignant une institution spécifique pour régler les litiges, la déclaration d'incompétence de cette institution en raison de la nature internationale du différend ne s'analyse pas en une difficulté de constitution du tribunal arbitral justifiant l'intervention du président de la juridiction commerciale en tant que juge d'appui.

Bien que la partie demanderesse ait sollicité cette intervention en se fondant sur la nouvelle loi n° 95-17 et son article 23, la cour d'appel de commerce écarte l'application de ce texte. Elle juge que la convention d'arbitrage, ayant été conclue avant l'entrée en vigueur de cette loi, demeure régie par le

droit antérieur (loi n° 08-05), conformément aux dispositions transitoires de l'article 103.

La cour confirme que, lorsque les parties ont choisi une institution spécifique et que celle-ci se déclare incompétente en vertu de ses propres règles, le juge d'appui ne peut intervenir pour désigner un arbitre. Une telle situation relève non pas d'une difficulté procédurale dans la désignation mais d'un obstacle lié à l'institution elle-même, qui impose aux parties de conclure un nouvel accord pour désigner une instance compétente.

La cour confirme que la déclaration d'incompétence par l'institution désignée n'affecte pas nécessairement la validité de la clause compromissoire, mais elle impose aux parties de trouver un nouvel accord sur la manière de procéder. Le juge d'appui ne peut se substituer à leur volonté pour modifier le choix initial de l'institution.

Texte intégral

محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء،

قرار رقم 3438، بتاريخ 2013/05/23، ملف رقم: 2023/8225/1557

بمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء

باسم جلالة الملك و طبقا للقانون

بناء على مقال الاستئناف والحكم المستأنف ومستنتجات الطرفين ومجموع الوثائق المدرجة بالملف. واستدعاء الطرفين لجلسة 2023/05/09. وتطبيقا لمقتضيات المادة 19 من قانون المحاكم التجارية والفصول 328 وما يليه و 429 من قانون المسطرة المدنية. وبعد المداولة طبقا للقانون.

حيث تقدمت شركة (C.) بواسطة محاميتها ذة / وفاء (ف.) بمقال استئنافي مؤدى عنه بتاريخ 2023/03/24 تستأنف بمقتضاه الأمر الصادر عن نائبة رئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 2022/08/31 تحت عدد 4545 في الملف رقم 2022/8101/4114 والقاضي برفض الطلب وإبقاء الصائر على عاتقها.

في الشكل:

حيث أنه لا يوجد بالملف ما يفيد التبليغ و باعتبار أن الإستئناف قدم مستوفيا لكافة الشروط الشكلية المتطلبة قانونا فهو مقبول شكلا .

وفي الموضوع:

حيث يستفاد من وثائق الملف ووقائع الأمر المطعون فيه أن المستأنفة شركة (C.) تقدمت بمقال استعجالي مؤدى عنه تعرض فيه أنها

بتاريخ 14 نونبر 2013 أبرمت مع المستأنف عليها عقد بناء وتسيير فندق و الذي تضمن في بنوده شرط اللجوء للتحكيم في حالة وجود نزاع بين الطرفين طبقا لنظام تحكيم المحكمة المغربية للتحكيم و بمناسبة نشوء نزاع بين الطرفين تم تفعيل بند التحكيم بوضع طلب التحكيم في مواجهة المستأنف عليها لدى المحكمة المغربية للتحكيم الا ان هذه الاخيرة أبلغتها بأنها غير مختصة للبت في النزاع لانه ذو طبيعة دولية على اعتبارات أن المستأنفة شركة اسبانية و بما انه لا يمكن عرض النزاع على قضاء الدولة لانه يتعين تفعيل التحكيم لان التصريح بعد الاختصاص لا تأثير له على صحة الشرط التحكيمي و ان هناك فقط صعوبة في تشكيل الهيئة التحكيمية طبقا لمقتضيات الفقرة الاخيرة من المادة 22 من قانون 25/17 و بما ان شرط التحكيم صحيح و ليس باطلا لاتجاه ارادة الاطراف للتحكيم كطريق لفض النزاع و بما انها عينت محكمها في حين امتنعت المستأنف عليها عن تعيين محكمها فانها تلتزم بالقول بوجود صعوبة في تشكيل الهيئة التحكيمية والأمر بتعيين محكم عن المستأنف عليها طبقا للمادة 23 من قانون 95-17 المتعلق بالتحكيم و الوساطة.

وادلت صورة من العقد و صورة من جواب المحكمة المغربية للتحكيم و صور قرار و صورة من المطالبة و رسالة جوابية.

وبناء على جواب المستأنف عليها والتي اشارت بان الطلب مرفوع لقاضي المستعجلات و الحال ان هذا الأخير لا يبت الا في الاجراءات الوقتية و التحفظية و التي لا تمس بموضوع الحق و احتياطيا في الموضوع اشارت بانه تم الاتفاق على عرض أي نزاع وفق قواعد التحكيم لمحكمة التحكيم المغربية التابعة لغرفة التجارة الدولية بالمغرب CCI مشكلة من طرف ثلاثة محكمين يعينون طبقا لقواعد هذه المحكمة و ان هذه الأخيرة تراعي في اختيارهم الكفاءة المهنية و السلوك السوي و ان التزام الاطراف باللجوء لهذه المحكمة واضح و لا يمكن تفسيره او تاويله تم ان لجوء المستأنفة الى رئيس المحكمة التجارية من اجل تعيين محكم بديل فيه تناول على ارادة المحكمين كما انه خرق لمقتضيات الفصل 230 من ق ل ع التي تنص على أن الالتزامات التعاقدية تقوم مقام القانون بالنسبة الى منشئها و لا يجوز الغاؤها الا برضاها معا و اضافت انه بصور قرار من المحكمة التحكيمية بعدم اختصاصها فانه يلزم الاطراف ابرام موافقة جديدة على تحديد جهة اخرى تحكيمية للبت في النزاع و هو الأمر الغير معمول به في النازلة و بذلك فاختصاص قضاء الدولة يبقى قائما و بخصوص الصعوبة و عرضها على رئيس المحكمة طبقا للمادة 22 من قانون 5-17 و المتعلق بالوساطة و التحكيم فانها غير واجبة التطبيق باعتبار القانون المذكور لا ينطبق على النازلة لكون عقد التحكيم ابرم بتاريخ سابق عن تاريخ دخوله حيز التنفيذ و التمسست اساسا التصريح بعدم الاختصاص و احتياطيا رفض الطلب.

وعقبت المستأنفة بكون الطلب مرفوع الى رئيس المحكمة بصفته هاته و ليس بصفته قاضيا للمستعجلات و بذلك يتعين رد الدفع بعدم الاختصاص .

و في الموضوع اشارت انه طبقا للمادة 18 من قانون 95-17 فانه عندما يعرض نزاع مطروح امام هيئة تحكيمية استنادا لاتفاق التحكيم و جب على هذه الأخيرة التصريح بعدم القبول و بذلك فانه و رغم التصريح بعدم اختصاص المحكمة المغربية للتحكيم بعدم اختصاصها فان ذلك لا تأثير له على الشرط التحكيمي الذي يبقى قائما لان ارادة الأطراف واضحة في اللجوء الى التحكيم وفي هذه الحالة فانه يتعين اللجوء لرئيس المحكمة للنظر في جميع الصعوبات المتعلقة بتشكيل الهيئة التحكيمية تم ان تصريح المحكمة المغربية للتحكيم بعدم الإختصاص غير كاف وحده لاستبعاد الشرط التحكيمي . و بخصوص تعيين محكم فانه يمكن للمدعى عليها تعيين محكم عنها و بخصوص القانون الواجب التطبيق فان الفقرة الثانية من المادة 103 هي التي نظمت القانون الواجب التطبيق على الدعاوي التحكيمية اذ نصت ان الدعاوي التحكيمية الراجعة امام الهيئات التحكيمية في تاريخ دخول القانون 08.05 حيز التنفيذ تظل خاضعة للمقتضيات الملغاة أي بمفهوم المخالفة أن الدعاوي التحكيمية التي لم تكن راجعة بعد امام الهيئات التحكيمية بتاريخ دخول قانون 95.17 حيز التنفيذ سيخضع لزاما للقانون رقم 95.17 و التمسست الحكم وفق المقال.

وبعد تبادل المذكرات و الردود أصدرت رئاسة المحكمة الأمر المشار اليه أعلاه موضوع الطعن بالاستئناف.

أسباب الاستئناف

حيث تتمسك المستأنفة بخرق الأمر المستأنف للمادة 23 من القانون رقم 17 - 95 المتعلق بالتحكيم و الوساطة : أن تقدمت

المستأنفة يطلب تعيين محكم إلى السيد رئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء في إطار المادة 23 من القانون رقم 17 - 95 المتعلق بالتحكيم والوساطة و أن الطلب مؤطر بمقتضى نص خاص الذي يمنح الاختصاص لرئيس المحكمة بصفته تلك و ليس لرئيس المحكمة بصفته قاضيا للأمر المستعجلة؛ وهو ما أكده الأمر المستأنف نفسه في الصفحة 5 الذي جاء فيه : « حيث أن الطلب لم يرفع إلى قاضي المستعجلات و إنما إلى رئيس المحكمة بصفته هاته و بذلك فإن الدفع بعدم الاختصاص يكون غير قائم غير أن رئيس المحكمة أصدر أمره بصفته قاضيا للأمر المستعجلة بناء على المادة 21 من قانون احداث المحاكم التجارية حسب الثابت من ديباجة الأمر المستأنف وهو ما يعتبر خرقا للقانون خاصة المادة 23 من القانون رقم 17 - 95 المتعلق بالتحكيم والوساطة وجاء متناقضا مع تعليل الأمر المستأنف نفسه ، مما ينبغي الحكم بإلغاء الأمر المستأنف.

و بخصوص عدم تطبيق القانون الواجب التطبيق : إذ اعتبر الأمر المستأنف على أن « اللجوء إلى المحكمة قصد تعيين محكم ثاني في إطار الصعوبة غير واجب الاعمال ما دام العقد قد أبرم بتاريخ سابق عن تاريخ دخول القانون المتضمن للحل المذكور حيز التنفيذ و هو اللجوء لرئيس المحكمة في إطار الصعوبة » و أن هذا التعليل غير قائم على أي أساس؛ فمن جهة أولى، فاللجوء إلى المحكمة قصد تعيين محكم ثاني في حالة صعوبة تشكيل الهيئة التحكيمية منصوص عليه سواء في القانون القديم 05-08 أو في القانون الحالي 17-95 على خلاف ما ذهب إليه الأمر المستأنف بالفصل 327-5 من القانون 05-08 ينص في فقرته الأخيرة على ما يلي: تطبق نفس المقتضيات كلما اعترض تشكيل الهيئة التحكيمية صعوبة بسبب أحد الأطراف أو صعوبة في تطبيق إجراءات التعيين . ونفس المقتضى منصوص عليه كذلك في المادة 23 من القانون رقم 17 / 95 المتعلق بالتحكيم والوساطة؛ مما يعتبر معه تعليل الأمر المستأنف مخالفا للقانون ويتعين الحكم بإلغائه ومن جهة ثانية فالقانون الواجب التطبيق هو القانون رقم 17.95 المتعلق بالتحكيم والوساطة ويتعين التذكير أن المشرع قد ميز في المادة 103 من القانون 17.95 و في المقتضى المنصوص عليه في المادة 2 من القانون 08.05 بين الحكم القانوني المطبق على الموضوع و المتعلق باتفاق التحكيم، وبين الحكم الذي تخضع له المسطرة التحكيمية و الذي نظمته المشرع في الفقرة 2 من نفس المادتين و أن الفقرة الثانية من المادة 103 التي نظمت القانون المطبق على الدعاوى التحكيمية «، بحيث نصت على أن الدعاوى التحكيمية الرأجة أمام الهيئات التحكيمية في تاريخ دخول القانون 08.05 حيز التنفيذ، تظل خاضعة للمقتضيات الملغاة، وهو ما معناه عن طريق مفهوم المخالفة، أن الدعاوى التحكيمية التي لم تكن رأجة بعد أمام الهيئات التحكيمية في تاريخ دخول القانون 17.95 حيز التنفيذ، ستخضع لزاما للقانون 17.95 و سبق للقضاء أن حسم إشكالية القانون الواجب التطبيق بمقتضى عدة قرارات و على سبيل المثال القرار الصادر بغرفتين بتاريخ 22 مارس 2018.

و بخصوص الإرادة الحقيقية للأطراف للجوء إلى التحكيم : اعتبرت المحكمة أنه لا يمكن تحويل الاختصاص لمحكمة أو جهة أخرى ما دامت إرادة الطرفين لم ترتض هذا التحويل و لم ينشأ اتفاق موالي على تغيير الاختصاص غير أن هذا التعليل غير قائم على أي أساس فمن جهة أولى فموضوع الطلب يتعلق بصعوبة في تشكيل الهيئة التحكيمية و التي يعود الاختصاص للفصل فيها للرئيسا لمحكمة بصفته لتلك أن المستأنفة لم تتمكن من عرض النزاع أمام المحكمة المغربية للتحكيم لتصريحها بعدم اختصاصها و في المقابل لا يمكن لها عرض النزاع أمام قضاء الدولة لوجود شرط تحكيميو من جهة ثانية فبالرغم من أن الشرط التحكيمي أعطى الاختصاص للمحكمة المغربية للتحكيم و أن الأخيرة صرحت بعدم اختصاصها فإن ذلك لا تأثير له على صحة الشرط التحكيمي لأن إرادة الأطراف واضحة في اللجوء إلى التحكيم و أن الأمر يتعلق فقط بصعوبة في تشكيل الهيئة التحكيمية؛ فالمؤكد أن إرادة الأطراف اتجهت صوب اختيار التحكيم كطريق لفض النزاع و أن الشرط التحكيمي يبقى صحيحا و ليس باطلا بطلانا مطلقا. علما أن القانون رقم 17 95 المتعلق بالتحكيم و الوساطة لم يعد يمنح الصلاحية لقضاء الدولة لاستبعاد الشرط التحكيمي في حالة البطلان الواضح و هو ما يعني أن دور ما القضاء يتحدد في معاينة وجود شرط التحكيم و أنه يعود للهيئة التحكيمية صلاحية البث في صحة شرط التحكيم؛ فالأثر السلبي لشرط التحكيم منع قاضي الدولة ليس فقط من الفصل في موضوع النزاع و إنما كذلك البث بصفة أصلية أو بصفة عارضة في صحة و موضوع أو وجود اتفاق التحكيم، ويعود للهيئة التحكيمية لوحدها التحقق من اختصاصها انطلاقا من صحة الشرط التحكيمي ؛ فموقف المشرع المغربي في القانون 17.95 جاء مطابقا مع التوجهات الحديثة في التحكيم و التي تعطي فعالية لمبدأ الاختصاص و منح الأولوية للمحكم للبث في اختصاصه و في صحة وجود شرط التحكيمو أنه في هذا الصدد أكدت محكمة النقض الفرنسية بمقتضى قرارها الصادر بتاريخ 20 فبراير 2007 الذي اعتبرت من خلاله على أن الشرط التحكيمي الذي يشير إلى مؤسستين تحكيميتين في نفسا لوقت

يعتبر صحيحا و ليس باطلا لأن إرادة الأطراف صريحة في اللجوء إلى التحكيم لحل النزاعات و أنه يعود الإختصاص لقاضي الارتكاز للفصل في صعوبة تشكيل الهيئة التحكيمية كما أكدت أيضا محكمة النقض الفرنسية في القرار عدد 983 الصادر بتاريخ 04 يونيو 2009، على أن إرادة الأطراف للجوء إلى التحكيم لا نقاش فيه و أن الكتابة الغامضة لشرط التحكيم غير كافية وحدها لاستبعاد إرادة الأطراف للجوء إلى التحكيم و عليها اعتبارا للإرادة الحقيقية للأطراف و احتراماً لمبدأ التفسير بحسن النية و الذي يقتضي عدم التقيد فقط بالمعنى الحرفي للكلمات من جهة أولى وبالنظر إلى الأثر الإيجابي للشرط التحكيمي من جهة ثانية، فالواضح أن الأطراف اتجهت صوب اختيار التحكيم كطريق لفض النزاعو عليه فإن الأمر المستأنف لم يفصل في صعوبة في تشكيل الهيئة التحكيمية و كان عليه تذليل تلك الصعوبة و ذلك بتعيين محكم عن المستأنف عليها قصد تشكيل الهيئة التحكيمية التي يعود لها لوحدها التحقق من صحة الشرط التحكيمي و من حدود اختصاصها ، لذلك تلتمس إلغاء الأمر المستأنف و بعد التصدي القول بوجود صعوبة في تشكيل الهيئة التحكيمية و الأمر بتعيين محكم عن المستأنف عليها طبقاً لمقتضيات المادة 23 من القانون رقم 17/95 المتعلق بالتحكيم و الوساطة و تحميل المستأنف عليها الصائر.

و أدلت : بنسخة طبق الأصل من الأمر المستأنف.

و بجلسة 2023/05/09 أدلى دفاع المستأنف عليها بمذكرة جوابية جاء فيها حول المادة 23 من القانون رقم 95.17 المتعلق بالتحكم والوساطة فإن المستأنفة تعيب على الأمر المطعون فيه أنه تم استصداره عن رئيس المحكمة بصفته قاضيا للأمر المستعجلة بناء على المادة 21 من قانون إحداث التجارة غير أن هذا المقتضى لا أثر قانوني له سواء صدر بصفته قاضيا للمستعجلات أو بصفته قاضيا للارتكاز لأن الأمر سيان ما دام هو الجهة الموكول إليها للبت في الطلب وهي جهة واحدة تجمع بين الاختصاصين والأمر لا يغدو يكون سوى خطأ ماديا شاب ديباجة الأمر المطعون فيه بدليل أن قاضي الارتكاز إذ أوضح في معرض تعليقه ما يلي: و حيث أن الطلب لم يرفع إلى قاضي المستعجلات وإنما إلى رئيس المحكمة بصفته هاته وبذلك فإن الدفع بعدم الاختصاص يكون غير قائم « . وهو ما يعني أن القاضي بت في الأمر بصفته قاضيا للارتكاز . وحيث أن العبرة فيما جاء في التعليل وفي جميع الأحوال فإن هذا السبب الذي تتذرع به المستأنفة غير ذي أثر قانوني ولا يمكن الإرتكان إليه للقول بإلغاء الأمر ما دام قاضي المستعجلات وقاضي الارتكاز جهة واحدة.

حول القانون الواجب التطبيق : إذ تتذرع المستأنفة بمقتضيات الفصل 327.5 من القانون 08.05 بفقرته الأخيرة للقول بأن قاضي الارتكاز مختص في تطبيق إجراءات التعيين كلما شاب تشكيل الهيئة التحكيمية صعوبة ، غير أن هذه الفقرة مشروطة بتوافر أحد الشرطين الشرط الأول هو اعتراض تشكيل الهيئة التحكيمية صعوبة بسبب أحد الأطراف وهو المنتفي في نازلة الحال على اعتبار أن المستأنفة والمستأنف عليها ارتضوا تحكيم محكمة التحكيم المغربية وبالتالي لا وجود لأي صعوبة اعتبرت هذا الاختيار من المستأنف عليها أو المستأنفة أما بخصوص الشرط الثاني فهو وجود صعوبة في تطبيق إجراءات التعيين وهو المنتفي في نازلة الحال على اعتبار أن إجراءات التعيين لم يعتريها أي صعوبة فالجهة الموكول إليها التحكيم واضحة وبينة وارتضاها الأطراف وأي تغيير لها فيه تناول ومس خطير لإرادة الأطراف واستقرار المعاملات وضرب عرض الحائط لمقتضيات الفصل 230 من قانون الالتزامات و العقود وهو ما تبناه الأمر المطعون فيه وهو قول مصادف للصواب فيه تطبيق سليم لروح القانون أما بخصوص مزاعم المستأنفة كون القانون الواجب التطبيق هو القانون رقم 95.17 المتعلق بالتحكيم والوساطة فهي مزاعم غير مؤسسة قانونا إذ أن المستأنفة تحاول تفسير مقتضيات المادة 103 من القانون 95.17 على المقاس الذي يخدمها في تفسير تغالط فيه ما أتى به المشرع المغربي ذلك أن مقتضيات المادة الأخيرة جاء فيها ما يلي : « تظل مطبقة بصورة انتقالية مقتضيات الباب الثامن من القسم الخامس من قانون المسطرة المدنية المصادق عليه بالظهير الشريف المقيّد بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 في رمضان 1394 (28) سبتمبر 1974 كما تم تغييره وتتميمه على : اتفاقات التحكيم أو الوساطة المبرمة قبل تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ الدعاوى التحكيمية الجارية أمام الهيئات التحكيمية أو النزاعات المعروضة على الوساطة أو الدعاوى المتعلقة بهما المعروضة بهما أمام المحاكم في التاريخ المذكور في البند الأول أعلاه إلى حين تسويتها النهائية واستنفاد جميع طرق الطعن وبالتالي فإن جميع اتفاقات التحكيم التي تم إبرامها قبل دخول القانون 95.17 تخضع لمقتضيات القانون رقم 08.05 بمقتضى الفصل 306 وما يليه من قانون المسطرة المدنية و إن الثابت من العقد و شرط التحكيم موضوع النزاع أنه أبرم قبل دخول القانون الجديد حيز التنفيذ وعليه إذن يتعين تطبيق مقتضيات القانون 08.05 عملا بنص

مقتضيات المادة 103 من القانون 95.17 وهو ما ينسجم مع الوثيقة الدستورية التي تعد أسمى تعبير عن إرادة الأمة ومبدأ عدم رجعية القوانين والذي جاء في الفقرة الأخيرة من مادته السادسة ما يلي : « ليس للقانون أثر رجعي. » وإن التفسير الضيق الذي تحاول إضفاءه المستأنفة على مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 103 لا يمكن تطبيقه على النازلة، لأنه مشروط أولاً باحترام مقتضيات الفقرة الأولى التي تسبقها وأن إعماله فقط في إفراغ تام للفقرة الأولى من المادة 103 من محتواها وهو ما يجعل المادة متناقضة كلية و إن تحليل قاضي الارتكاز بعدم جواز تطبيق مقتضيات القانون الجديد لتعلييل سليم وصحيح وفي كل الأحوال لا يمكن تبنيه على ظروف النازلة نظرا لعدم وجود أي صعوبة في تشكيل الهيئة التحكيمية التي بثت في النازلة وأصدرت حكمها بعدم الاختصاص ليس لعلة في تشكيلتها وإنما لعلة في نظامها الداخلي أن الصعوبة الملزمة لتدخل قضاء الدولة تتجلى في حالة تشكيل الهيئة التحكيمية فقط وملف النازلة لا تعتريه صعوبة في التشكيلة ذلك ان الجهة المكلفة بالتحكيم بثت في القضية بتشكيلتها المتفق عليها بناء على شرط التحكيم بل إن حقيقة الأمر تتجلى في صعوبة تتعلق بنظام مؤسسة تحكيم لأنها مؤسسة لا ثبت في النزاعات ذات الطبيعة الدولية. وبالتالي يتعين إنشاء اتفاق جديد بين الطرفين لإسناد الاختصاص المؤسسة تحكيم مختصة وهو التعلييل الذي تبناه قاضي الارتكاز الذي جاء فيه: « ولم ينشأ اتفاق موالي على تغيير الاختصاص من الجهة المتفق عليها في البند التحكيمي لجهة أخرى كما سلف الذكر . »

حول الإرادة الحقيقية للأطراف : إن ما جاء في المقال الاستثنائي بخصوص صحة الشرط التحكيمي غير ذي موضوع على اعتبار أن قاضي الارتكاز لم يرقم بإبطال شرط التحكيم ولم يشر إلى عدم صحته إن ما جاء في المقال الاستثنائي فيه زيغ عن تطبيق مقتضيات الفصل 230 من ق ل ع إذ أنه يتعين احترام إرادة الأطراف في اختيار مؤسسة التحكيم التي بثت في النزاع ولا مساع لتعديل هذا الاختيار لضربه مبدأ أساسيا في القانون وهو العقد شريعة المتعاقدين بالتالي يكون التعلييل الذي تبناه قاضي الارتكاز تعلييل قانوني وسليم. وأخيرا يتعين التأكيد على أنه عند لجوء الأطراف إلى التحكيم وقضى هذا الأخير بعدم الاختصاص فإنه يكون قد تم استنفاد مسطرة التحكيم بالتالي لا مبرر لتعيين محكم جديد وإنما يلزم اللجوء إلى قضاء الدولة حسب الثابت من مدلول الفصل 327 من ق م م سيما في غياب اتفاق تحكيم لاحق يسند الاختصاص المؤسسة تحكيم أخربوفي هذا الصدد ذهب المعهد الأمريكي للتحكيم التجاري الدولي في أحد قراراته إلى أنه : « إذا اتفق الأطراف على تسمية محكم مسمى بذاته وتبين للمحكمة شخصية المحكم بذاته كانت سببا لتوقيع اتفاق التحكيم، فإن تعذر على هذا أداء مهمته يؤدي لانقضاء شرط التحكيم . نشر في لبنان 28 يناير 2020 كتاب المحاكم المسمى بذاتوهوفي قرار آخر منشور في نفس الكتاب جاء فيه: إذا قضى برد المحكم المسمى بذاته في شرط التحكيم أو تعذر عليه أداء مهمته، ولم يتفق الأطراف على تسمية بديل عنه فإن شرط التحكيم يعتبر منتهيا . وأنه بناء على ما تقدم يتبين أن هذا الاستئناف غير مؤسس قانونا وأن الأمر لمطعون فيه قد احترم القانون ومعللا تعليلا سليما وصحيحا ويتعين تأييده ، لذلك تلتمس رد الاستئناف وتأييد الأمر المطعون فيه وتحميل الصائر للمستأنفة.

وحيث عند إدراج القضية بجلسة 2023/05/09 أدلى الأستاذ ش. الأستاذ ح. بمذكرة جوابية حاز الأستاذ (خ.) عن الأستاذة (ف.) نسخة منها و التمس أجلا فتقرر حجز القضية للمداولة و النطق بالقرار لجلسة 2023/05/23.

محكمة الاستئناف

حيث تتمسك المستأنفة بأوجه الاستئناف المبسوطة أعلاه .

حيث بخصوص الدفع بأن الأمر المستأنف تم استصداره عن رئيس المحكمة بصفته قاضيا للأمر المستعجلة بناء على المادة 21 من قانون أحداث المحاكم التجارية و هو ما يعتبر خرقا لمادة 23 من القانون رقم 17/95 المتعلق بالتحكيم والوساطة وجاء متناقضا في تعليقه فإنه وجبت الإشارة إلى أن الأمر لا يعدو أن يكون خطأ مطبعيا شاب ديباجة الأمر المستأنف ما دام أن القاضي الإستعجالي أوضح في جوابه أن الطلب رفع إلى رئيس المحكمة بصفته هاته و ليس لقاضي المستعجلات و الدفع غير ذي أثر و يتعين رده .

و حيث بخصوص السبب المستمد من القانون الواجب التطبيق فإن مقتضيات الفصل 327-5 من القانون رقم 05-08 فإنه لتطبيقها على النازلة وجب توفر شرطين أولهما هو أن يعترض تشكيل الهيئة التحكيمية صعوبة بسبب أحد الأطراف و هو الأمر المنتفي في النازلة

على اعتبار أن طرفي النزاع ارتضى تحكيم محكمة التحكيم المغربية مما تنتفي معه وجود أي صعوبة بخصوص ذلك وثانيهما هو وجود صعوبة في تطبيق إجراءات التعيين و هو كذلك لا وجود له بالملف على اعتبار أن إجراءات التعيين لم يعترتها أي صعوبة فالجهة الموكل إليها التحكيم واضحة وارتضاها الأطراف و أن أي تغيير في ذلك من شأنه المساس بإرادة الطرفين و هو ما نحى إليه الأمر المستأنف و عن صواب هذا من جهة و من جهة أخرى فإن الفقرة الأخيرة من المادة 103 من القانون 95-17 المتمسك به تنص على أنه « تظل مطبقة بصورة انتقالية مقتضيات الباب الثامن من القسم الخامس من قانون المسطرة المدنية المصادق عليه بالظهير الشريف المقيّد بمناخبة قانون 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (1974/09/28) كما تمّ تغييره و تميمه على اتفاقات التحكيم أو الوساطة المبرمة قبل تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ الدعاوي التحكيمية الجارية أمام الهيئات التحكيمية أو النزاعات المعروضة على الوساطة أو الدعاوي المتعلقة بهما المعروضة بهما أمام المحاكم في التاريخ المذكور في البند الأول أعلاه إلى حين تسويتها النهائية و استنفاد جميع طرق الطعن » و بالتالي فإن العقد موضوع الدعوى الحالية أبرم قبل دخول القانون الجديد حيز التنفيذ مما يبقى خاضعا في التطبيق لمقتضيات القانون رقم 08-05 بمعنى أنه ليس له أثر رجعي و هو ما ذهب إليه كذلك الأمر المستأنف و عن صواب هذا من جهة و من جهة ثانية فإن الصعوبة التي تفرض تدخل القضاء الإستعجالي تتجلى في حالة تشكيل الهيئة التحكيمية فقط في حين أن ملف النازلة لا تعتره صعوبة في التشكيلة ذلك الثابت من وثائق الملف أن الجهة المكلفة بالتحكيم بثت في القضية بتشكيلتها المتفق عليها بناء على شرط التحكيم و أن الصعوبة تتعلق بنظام مؤسسة التحكيم لأنها مؤسسة لا ثبت في النزاعات ذات الطبيعة الدولية (أنظر الجواب الصادر عن المحكمة المغربية لتحكيم المؤرخ في 2019/07/01) و هو ما يتعين معه إنشاء اتفاق جديد بين الطرفين الإسناد الإختصاص المؤسسة تحكيم مختصة الأمر الذي تكون معه جميع الدفوع و الأسباب الواردة في الإستئناف غير مرتكزة على أي أساس من القانون و يتعين ردها و تأييد الحكم المستأنف مع تبني تعليقه .

لهذه الأسباب

تصرح محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء وهي تبت انتهائيا علينا و حضوريا.

في الشكل : قبول الأستئناف

في الموضوع : برده و تأييد الأمر المستأنف مع إبقاء الصائر على رافعه.

وبهذا صدر القرار في اليوم والشهر والسنة أعلاه بنفس الهيئة التي شاركت في المناقشة.

Version française de la décision

Cour d'appel

Attendu que l'appelante maintient les moyens d'appel exposés ci-dessus ;

Attendu, concernant le moyen tiré de ce que l'ordonnance attaquée aurait été rendue par le président du tribunal en sa qualité de juge des référés sur le fondement de l'article 21 de la loi portant création des juridictions de commerce, ce qui constituerait une violation de l'article 23 de la loi n° 95-17 relative à l'arbitrage et à la médiation et serait contradictoire dans sa motivation, qu'il convient de relever qu'il ne s'agit que d'une erreur matérielle ayant entaché le préambule de l'ordonnance déferée, dès lors que le

premier juge a précisé dans sa motivation que la demande avait été soumise au président du tribunal en sa qualité de juge d'appui et non au juge des référés ; que ce moyen est dès lors sans effet et doit être rejeté ;

Attendu, concernant le moyen tiré de la loi applicable, que pour l'application des dispositions de l'article 327-5 de la loi n° 08-05 au cas d'espèce, deux conditions doivent être réunies : premièrement, que la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté causée par l'une des parties, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, considérant que les deux parties au litige ont consenti à l'arbitrage de la Cour Marocaine d'Arbitrage, ce qui exclut l'existence de toute difficulté à cet égard ; deuxièmement, l'existence d'une difficulté dans l'application des procédures de désignation, ce qui n'est pas non plus établi au dossier, considérant que les procédures de désignation n'ont rencontré aucune difficulté, l'institution à laquelle l'arbitrage a été confié étant claire et acceptée par les parties, et que toute modification à cet égard porterait atteinte à leur volonté ; que c'est ce qu'a retenu à juste titre l'ordonnance déférée, d'une part ; et d'autre part, que l'alinéa de l'article 103 de la loi n° 95-17 invoquée dispose que : « Restent applicables à titre transitoire les dispositions du Titre VIII de la Section V du Code de procédure civile, approuvé par le Dahir portant loi n° 1-74-447 du 11 Ramadan 1394 (28 septembre 1974), tel que modifié et complété, aux conventions d'arbitrage ou de médiation conclues avant la date d'entrée en vigueur de la présente loi, aux procédures arbitrales en cours devant les tribunaux arbitraux ou aux litiges soumis à la médiation ou aux actions y afférentes portées devant les tribunaux à la date mentionnée au premier alinéa ci-dessus, jusqu'à leur règlement définitif et l'épuisement de toutes les voies de recours » ; qu'en conséquence, le contrat objet de la présente action ayant été conclu avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, il reste soumis, dans son application, aux dispositions de la loi n° 08-05, laquelle n'a pas d'effet rétroactif ; que c'est également à juste titre ce qu'a retenu l'ordonnance attaquée ; que par ailleurs, la difficulté qui justifierait l'intervention du juge ne concerne que le cas de la constitution du tribunal arbitral, alors qu'en l'espèce, aucune difficulté de constitution ne ressort du dossier, puisqu'il est établi par les pièces versées que l'institution chargée de l'arbitrage a statué sur l'affaire dans la composition convenue conformément à la clause compromissoire, et que la difficulté concerne en réalité le règlement de cette institution, laquelle ne statue pas sur les litiges internationaux (voir réponse de la Cour Marocaine d'Arbitrage en date du 01/07/2019) ; qu'il en résulte la nécessité pour les parties d'établir un nouvel accord attribuant compétence à une institution arbitrale apte à statuer sur leur différend ; que dès lors, tous les moyens invoqués en appel sont dépourvus de fondement juridique et doivent être rejetés, et l'ordonnance entreprise confirmée en adoptant ses motifs ;

PAR CES MOTIFS,

La Cour d'appel de commerce de Casablanca, statuant publiquement, contradictoirement et en dernier ressort ;

En la forme : reçoit l'appel ;

Au fond : le rejette et confirme l'ordonnance attaquée, en laissant les dépens à la charge de l'appelante.